

O princípio do devido processo legal e a conciliação

Reynaldo Soares da Fonseca*
Rafael Campos Soares da Fonseca**

Introdução

O presente estudo versa sobre o princípio do devido processo legal, tido por parcela da doutrina como o mais fundamental dos princípios do qual decorrem, enquanto corolário, todos outros princípios e regras no âmbito processual. Surgido na tradição anglo-saxã do Direito no sentido do *due process of law*, ou mais primordialmente *law of the Land*, tal princípio adquiriu caráter basilar nos mais diversos sistemas jurídicos, a ponto de ser garantido na Declaração Universal dos Direitos do Homem e se incorporar no patrimônio jurídico-político da humanidade como um todo, ultrapassando, por certo, o foro do Direito Processual para informar e condicionar todos os ramos jurídicos.

Nessa esteira, o ordenamento jurídico brasileiro acolhe o devido processo legal na qualidade de princípio constitucional, ao afirmar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, inciso LIV), o que, nos termos do Estado Democrático de Direito que se constitui a República Federativa do Brasil (art. 1º, CF), é concebido em dupla dimensão, por ser direito fundamental: (i) a *subjetiva*, em que dá posições de vantagem aos indivíduos em face do Estado, ou até mesmo no escopo da sociedade civil; justamente por conta da dimensão (ii) *objetiva*, definida como uma ordem objetiva de valores que condiciona os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a própria sociedade (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), via constitucionalização do Direito e força normativa da Constituição.

A partir desse panorama, o presente artigo adotará como metodologia expositiva a seguinte sequência: reconstrução histórica do *due process of*

law; breve digressão sobre a dinâmica entre regras e princípios no Estado de Direito hodierno; o significado atual do princípio constitucional do devido processo legal, entendido a partir de uma visão genérica, ulteriormente especificada em suas vertentes substancial (*substantial due process of law*) e processual (*procedural due process of law*), de maneira a explicitar a relevância que tal princípio tomou no pensamento jurídico contemporâneo em vias práticas e teóricas.

Nesse sentido, embora desde já se retire qualquer pretensão exauriente, objetiva-se com a reflexão ora proposta estabelecer contornos conceituais razoavelmente delimitados, a fim de permitir a operacionalização do artefato semântico em aspectos estruturais, como se diria à luz da teoria dos sistemas (Niklas Luhmann), como também evitar ao máximo o risco de sua utilização icônica, nos termos da teoria estruturante do Direito (Friedrich Müller).

Após esse itinerário, será apresentada a conciliação como meio alternativo de solução de controvérsia (ADRs), com a finalidade de articular a cultura da conciliação na qualidade de corolário concretizador do princípio do devido processo legal na República brasileira.

2 Reconstrução histórica do *due process of law*

A primeira notícia do devido processo legal no Direito positivo, por assim dizer, dá-se na *Magna Carta*, do ano de 1215. Dentre as limitações exigidas pela casta nobiliárquica ao poder real, havia referência à observância do *law of the land* (art. 39). Sob inspiração jusnaturalista, correspondia a uma noção de que os direitos naturais eram invioláveis e só poderiam sofrer interferência através da “lei da terra”¹. Demais disso, a expressão “*due process of law*” é noticiada a partir do *Statute of Westminster of the Liberties of London*, em 1354.²

*Desembargador federal do TRF1ª Região.

**Graduando em Direito pela UnB, integrante do PROIC UnB/CNPq 2012-2013.

¹ CASTRO, 2005, p. 7.

² NERY JUNIOR, 2010, p. 80.

A despeito da originalidade do conceito caber à Inglaterra, é nos Estados Unidos que se dará sua inovação em direção ao que se concebe hoje como *due process of Law*. Já tendo sido prevista em diversas constituições estaduais anteriormente à Constituição Federal americana, na *Declaração de Direitos* de Maryland, em 1776, tem-se a formulação do trinômio vida-liberdade-propriedade como valores fundamentais de toda sociedade política. Exatamente nesse sentido, o postulado é incorporado à Constituição de Filadélfia, por via das Emendas 5ª e 14ª, valendo, a partir de então, como princípio de foro constitucional para todos os Estados federados.³

Uma vez incorporada formalmente ao Direito Constitucional norte-americano, através da 5ª e da 14ª Emendas, a cláusula *due process of law* cumpriu um longo itinerário exegético. Em razão de seu enunciado elástico e amoldável às exigências cambiantes daquela sociedade vocacionada ao progresso e à evolução dos costumes, a garantia do *devido processo legal* experimentou profundas variações no tratamento jurisprudencial. Tornou-se, ao lado do princípio da isonomia (*equal protection of law*), o principal instrumento de argumentação de que lançou mão a doutrina e a jurisprudência no vibrante processo de transformação do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América.⁴

Como se vê, a *due process clause* é uma criação emanada do *Common Law*, o que, logicamente, repercutiu no desenvolvimento do conceito, a ponto de

[...] para muitos autores, a referência ao princípio faz [fazer] sentido apenas no Direito Constitucional norte-americano [...] já que a Constituição daquele país é essencialmente principiológica⁵.

Porém, a influência da noção de *due process* foi tamanha a ponto de ser incorporada no rol de direitos do homem (art. XI, n. 1, DUDH) especialmente quanto à condução do processo penal. Por conseguinte, conjuntamente ao caráter principiológico do pós-positivismo, torna-se pouco sustentável, *data venia*, a defesa da exclusividade ao contexto norte-americano da referência à *due process clause*.

Assim, não é à toa a inclusão do princípio do devido processo legal no Direito positivo brasileiro, com *status* constitucional, no espaço relativo aos

direitos e garantias individuais (art. 5º), elevados, ainda, à condição de cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso IV, CF).

3 Breve digressão sobre a dinâmica entre regras e princípios

No pensamento de Robert Alexy⁶, tem-se que a distinção entre regras e princípios, à luz do pós-positivismo, é de natureza basilar na fundamentação da teoria dos direitos fundamentais, bem como pivô na solução de problemas de cunho dogmático relativos àquela teoria. Tal contexto adquire especial relevância dado a abertura do Direito à Moral, visto que o Direito positivo, por si só, padece de falta de legitimidade no paradigma do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, há abertura para a correção material enquanto elemento do conceito de Direito.

O jurista alemão percebe como errôneos os critérios de generalidade e dos casos de aplicação como distintivos das duas categorias jurídicas. Na verdade, em primeiro lugar, Alexy reputa princípios e regras como espécies do gênero das normas, logo ambas são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que apresentem significativas distinções. Assim, filia-se ao grupo doutrinário que sustenta a possibilidade de distinção de regras e princípios, demais disso não em questão de grau, mas com diferenciações qualitativas.

Em termos explicitamente sintéticos, pode-se dizer que a diferença entre regras e princípios se dá no âmbito das possibilidades jurídicas que se abrem quando em face de colisão. Nesse sentido, as regras seriam aplicadas em lógica binomial, visto que regem ou não a situação jurídica, sem possibilidade de gradações, já os princípios são entendidos como mandatos de otimização, isto é, realizam-se ao máximo na medida do possível. Ademais, os princípios são admitidos *prima facie*, ao passo que as regras se dão em caráter definitivo, até serem excepcionadas.

Dessa discussão, o que fundamentalmente importa é o enquadramento do devido processo legal na fisionomia dos princípios, desse modo o princípio constitucional do devido processo legal, a ser conceituado seguidamente, é norma e por isso, deve ser observada como razão dos juízos concretos de dever-ser no ordenamento jurídico brasileiro, dada sua qualidade de mandato de otimização, entendido como sua realização em nível ótimo nos liames das condições

³ *Ibidem*, p. 80-81.

⁴ CASTRO, *op. cit.*, p. 31-32.

⁵ TAVARES, 2012, p. 73.

⁶ ALEXY, 2008, p. 85-120.

jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito) e fáticas (adequação e necessidade).

4 O princípio do devido processo legal

Antes de tudo, deve-se ter em mente que a expressão *due process of law* quando traduzida para o português na forma de devido processo legal gerou, de plano, ambiguidades, dado que os três nomes que a compõem apresentam múltiplos significados na língua portuguesa. Sendo assim, cabe precisá-la como “garantias previstas juridicamente” à luz do pensamento de André Tavares,⁷ bem como, noutras palavras, como um justo modo de produção do Direito.

Nessa ordem de ideias, tal fórmula importa em um conjunto de garantias constitucionais com dupla função, a saber, (i) assegurar às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e (ii) auxiliar fundamentalmente o correto exercício da jurisdição, revestindo-se, então, de não apenas interesses particulares, mas também da qualidade de direitos públicos subjetivos, componentes da própria salvaguarda do processo, isto é, atua como fator legitimador do exercício da jurisdição.⁸

Ademais, é exatamente para administrar essas garantias, com o fito de salvaguardar os direitos dos cidadãos, que o Judiciário detém a qualidade de Poder político do Estado (art. 2º, CF), porquanto “as garantias das pessoas dependem, em última análise, das garantias dos juízes, o que se traduz na independência dos órgãos da magistratura.”⁹

No desenvolvimento jurisprudencial desse princípio, houve sua bifurcação em duas dimensões, quais sejam, a processual e a substancial. A primeira está associada ao acesso à ordem jurídica justa, ao passo que o segundo abrange o imperativo de razoabilidade das leis. Neste artigo, esse princípio está enfocado na perspectiva processual.

Na lição de Alexandre Freitas Câmara, tem-se que a dimensão processual do devido processo deve ser entendido como

[...] a garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz, a fim de se garantir que a já referida

tutela seja capaz de efetivamente proteger as posições de vantagem mencionadas.¹⁰

A ver, vale ressaltar que esse aspecto do princípio possui maior escopo do que o simples acesso ao Judiciário, como pressupõe uma perspectiva estritamente formalista. Na verdade, trata-se de mandamento derivado da instrumentalidade do processo que importe na possibilidade de o cidadão ter acesso a resultados justos, independente dos órgãos que os promovam, isto é, os resultados podem advir de vias judiciais ou extrajudiciais, estatais ou paraestatais, bastando consonância ao Estado Democrático de Direito brasileiro, nos termos da Constituição.

5 A conciliação

No marco sócio-político brasileiro, com a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, ocorre uma conferência vultosa de poderes constitucionais ao Poder Judiciário, a fim de que este atue como fiador da democracia e garantidor dos direitos fundamentais. Na realidade, tem-se explicitamente um quadro de disfuncionalidades do Poder judicante, isto é, há uma diferença abissal entre o que o Poder Constituinte positivou na Carta Maior e a atividade jurisdicional que, de fato, o Judiciário presta, à luz das possibilidades jurídicas e fáticas observáveis na concretude histórica. Essa situação tomou tamanha proporção a ponto de parcela da doutrina referir-se a ela como *Crise do Poder Judiciário*.

No Direito Processual, identificam-se três ondas de acesso à Justiça. Essas ondas estariam no sentido de remoção dos obstáculos à resolução de litígios. A primeira onda refere-se à remoção de obstáculos econômicos, tendo como marco a assistência judiciária gratuita. Seguidamente, a segunda onda se traduz na remoção de obstáculos de cunho individualista, logo se criaram mecanismos de proteção de interesses transindividuais. Por fim, a terceira onda é referente a obstáculos qualitativos, então se tem a Reforma do Poder Judiciário, desformalização e meios alternativos de resolução dos conflitos.

Demais disso, diante da problemática hodierna de carência de recursos, com causas de cunho estrutural, conjuntural, processual e cultural, torna-se inevitável desautorizar o velho dogma de que o monopólio estatal da jurisdição emana da manifestação do juiz na via processual, através principalmente do procedimen-

⁷ TAVARES, *op. cit.*, p. 73.

⁸ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1995, p. 82.

⁹ MOREIRA NETO, 1999, p. 63.

¹⁰ CÂMARA, 2012, p. 44.

to ordinário. Nesse diapasão, noticia-se a imprescindibilidade das resoluções alternativas de disputa – em termos gerais, a arbitragem, a conciliação e a mediação – para a manutenção do Poder Judiciário como instituição funcional na dinâmica do Estado e, mais amplamente, da sociedade civil.

Nesse panorama insere-se a categoria jurídica da Conciliação como meio de tratamento dos conflitos de interesses, marcado por caráter autocompositivo, no qual um terceiro desinteressado, por intermédio de técnicas adequadas aprendidas em curso de capacitação, atua, em momento pré-processual ou processual, no sentido de estimular as partes a chegarem a um acordo. Nesse sentido, diferentemente da Mediação, a Conciliação está centrada nos resultados, e não no tratamento da lide sociológica por várias sessões com eventual acerto entre as partes.

É verdade que, na fase inicial, a Conciliação tem sido implementada pelo Poder Judiciário brasileiro com a presença dos conciliadores, mas com a participação também dos juízes, a fim de que sua cultura seja consolidada no imaginário social, com segurança e entusiasmo.

Seja como for, cada meio de solução de controvérsias tem suas peculiaridades e por efeito, benefícios e pontos negativos. Mas o que importa é a construção de uma travessia que viabilize a resposta às promessas constitucionais de 1988.

Em consequência, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução CNJ 125, de 29 de novembro de 2010, a qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, tendo em vista

[...] a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios” e que “a conciliação e mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

Nos dizeres dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi e Sidnei Beneti,

A experiência conciliatória, como meio de evitar o processo e de solucionar os já em andamento, tem encontrado espaço cada vez maior nos ordenamentos jurídicos de todos os países, em face de sua comprovada eficiência.¹¹

Em termos empíricos, o Índice de Confiança na Justiça Brasileira, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo¹², apontou que 59% dos entrevistados que enfrentaram alguma das situações de conflito possíveis de serem vivenciadas pela população não procuraram o Judiciário para a resolução da controvérsia por acreditarem que esta demoraria muito, que seria caro ou porque não confiavam no Judiciário para a solução dos conflitos. Tal apontamento é gravíssimo na medida em que o Poder judicante só se legitima democraticamente por meio da administração de conflitos em conformidade com a Constituição e legislação de maneira eficaz e eficiente.

De outra banda, o mesmo estudo perguntou aos entrevistados

[...] se, na hipótese de enfrentarem algum tipo de conflito, eles aceitariam tentar um acordo reconhecido pelo Judiciário, mas decidido por outra pessoa que não um juiz.¹³

Nesse contexto, 71% dos entrevistados responderam positivamente à questão, sendo que os meios alternativos apresentaram maior adesão entre os jovens, com maior renda e escolaridade. Demais, a taxa de aceitação foi maior entre as pessoas que já haviam utilizado o Judiciário.

Nesses termos, infere-se que há aceitação da sociedade aos meios adequados de tratamento dos conflitos de interesses como um dos fatores corretivos das disfuncionalidades hodiernamente apresentadas na prestação jurisdicional.

No tópico, aliás, é preciso recordar que, no preâmbulo da Constituição de 1988, há o compromisso da sociedade brasileira “na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias.” Logo, a opção pela composição dos conflitos via conciliação encontra amparo na Carta Política nacional e também na legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil, por exemplo). E tal opção, quanto aos conflitos jurisdicionalizados, não objetiva apenas desafogar o Judiciário, limpar as prateleiras, etc. Pretende, na verdade, encontrar a *melhor* solução para os litígios apresentados à Justiça, procurando sempre utilizar uma ferramenta eficaz (conciliação em sentido amplo) para a implementação da tão almejada e ameaçada pacificação social.

¹¹ ANDRIGHI; BENETI, 1996, p. 42-43.

¹² CUNHA et al., 2012, p. 15.

¹³ *Ibidem*, p. 16.

Como é sabido, o exercício da jurisdição, como atividade substitutiva do Estado, resolve a disputa, o litígio, mas não elimina o conflito subjetivo entre as partes. Na maioria das vezes, incrementa ainda mais a disputa interpessoal, pois não acabam a animosidade, as mágoas e os ressentimentos. Há sempre vencedor e vencido, nos termos da lei aplicada pelo Estado.

Com efeito, deseja-se uma mudança de paradigma. É preciso lutar por uma cultura da conciliação, como a primeira e melhor técnica para solução das controvérsias. Tal luta é indiscutivelmente a concretização do terceiro princípio da tríade francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

No âmbito cível, além das experiências do Direito de Família e do Direito do Trabalho, já encontramos a consolidação da experiência da conciliação, na perspectiva da fraternidade como categoria jurídica e como instrumento efetivo de pacificação social.

Veja-se, por exemplo, a experiência da Justiça Federal da Primeira Região, nas áreas da habitação, previdência social, servidores públicos, conselhos profissionais, questões ambientais, etc.

A partir de 2002, os juízes federais de primeiro grau passaram a desenvolver iniciativas na perspectiva da conciliação, especialmente nos processos do Sistema Financeiro da Habitação (financiamento da casa própria). Contaram com o decisivo apoio da Empresa Gestora de Ativos – Emgea e da Caixa Econômica Federal. Os resultados alcançados especialmente em Minas Gerais, no Pará, no Maranhão e no Distrito Federal foram extremamente positivos e estimularam a reflexão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região para a sistematização de um projeto maior de conciliação.

Em maio de 2005, a Presidência do Tribunal editou a Resolução 100-14, de 25/05/2005, autorizando a sistematização e implantação de um Projeto de Conciliação na Primeira Região, inclusive quanto aos processos em grau de recurso, nos quais se discutem contratos de mútuo vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação. No ano seguinte (2006), a então Presidente, hoje Min. Assusete Magalhães, elegeu como uma das prioridades de sua administração a efetiva implantação da cultura da conciliação na Primeira Região, obtendo resultados impressionantes (mais de 70% de acordos, com a ajuda de mais de 100 magistrados voluntários). Sua Excelência ampliou, ainda, o Projeto, enveredando pela área previdenciária, em parceria com o INSS (Resolução Presi 600-04, de 06/03/2008).

Assim, quando a eminente Min. Ellen Gracie, então Presidente do Supremo Tribunal Federal e do

Conselho Nacional de Justiça, lançou, em 2006, o Movimento Nacional pela Conciliação, o TRF 1ª Região tornou-se, de imediato, parceiro do Conselho Nacional de Justiça, colaborando muito para a consolidação da cultura da conciliação no País.

O tempo passou. O trabalho frutificou, alcançando os contratos comerciais da Caixa Econômica Federal, as execuções de servidores públicos, os processos referentes aos sistemas educacionais e de saúde, os executivos que envolvem especialmente os Conselhos Profissionais, a utilização de estradas federais, etc. O Sistema de Conciliação da Primeira Região (Resolução Presi 2, de 24/03/2011) já implementa, hoje, a estratégia da conciliação pré-processual.

De igual forma, as demais Regiões da Justiça Federal vêm apresentando resultados fantásticos. O movimento é, na verdade, nacional.

A cultura da conciliação, como fruto do princípio da fraternidade, não pode mais ser resumida em apenas uma semana, é lógico. É um trabalho diário e incessante, a fim de trazer felicidade aos jurisdicionados. No ponto, os Juizados Especiais Federais exercitam diariamente a prática da conciliação, em parceria com a CEF, Emgea, INSS e União. Os Juizados Federais Itinerantes tornaram visíveis os *invisíveis*, demonstrando, inclusive, a responsabilidade social do Judiciário.

Apenas para ilustrar, no período de 2003/2010, os JEFs das cinco Regiões pagaram mais de 8 bilhões de reais. No biênio 2011/2012, a Primeira Região homologou cerca de 170 mil acordos cíveis, o que alcança mais de 800 mil pessoas, se considerarmos a média da família brasileira. Na última semana do mês de março/2013, 50 novos juízes federais implementaram em dois dias, como parte do seu curso de treinamento e formação, 1.000 audiências agendadas. Logo, a contribuição da cultura da conciliação causa, também, desenvolvimento social e humano.

Com efeito, tal movimento nacional de conciliação já é uma realidade concreta no Sistema Justiça. Ainda incipiente, é claro. Mas rumo ao caminho da consolidação.

Considerações finais

Por fim, espera-se alcançado o objetivo desta pesquisa em mostrar a Conciliação como corolário do princípio do devido processo legal, bem como justificar contemporaneamente a utilização daquele meio de solução de conflito dentro do contexto sócio-político que se insere o ordenamento jurídico brasileiro.

Vale sempre lembrar o disposto no Código de Processo Civil no que toca ao dever do juiz de busca à conciliação das partes a qualquer momento do processo (art. 125, IV). De novo, cabe retornar ao pensamento da Min. Andri ghi e do Min. Beneti, quando afirmam que

A obtenção da conciliação no processo é a consagração do juiz como um pacificador social, relegando a segundo plano a função de mero aplicador da Lei.¹⁴

Referência

ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*: v. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CUNHA, Luciana Gross *et al.* *Relatório ICJBrasil – 2º e 3º trimestre 2012*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>. Acesso em 27 mar. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Manual do Poder Judiciário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

14 ANDRIGHI; BENETI, op. cit., p. 43.